



Brèves remarques théoriques sur le statut des solidarités familiales en droit français

Éric Millard

► To cite this version:

Éric Millard. Brèves remarques théoriques sur le statut des solidarités familiales en droit français. M. Debordeaux et P. Strobel. Les solidarités familiales en questions, LGDJ, pp.215-231, 2003, Droit et Société. halshs-00126241

HAL Id: halshs-00126241

<https://shs.hal.science/halshs-00126241>

Submitted on 24 Jan 2007

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Brèves remarques théoriques sur le statut des solidarités familiales en droit français. *

Que peut dire un juriste de la famille ? Que peut-il dire en tant que juriste, c'est-à-dire lorsqu'il ne fait pas une sociologie du droit plus ou moins spontanée et qu'il se donne un objet scientifique : le *droit* (entendons : ni la famille, ni le droit de la famille, ni même le fait *droit*) ? La théorie du droit peut-elle parler des solidarités familiales ?

Ces questions vous montrent d'abord que mon propos ne sera pas d'exposer ici différentes règles de droit (le devoir d'aliment par exemple) qui s'appliquent à la famille et qu'on évoque immédiatement lorsqu'on parle de solidarité familiale. Il sera plutôt de tenter de saisir la façon dont le droit dans son ensemble intègre (ou n'intègre pas) le phénomène " solidarités familiales " en tant que paramètre et facteur constitutif des règles juridiques. La théorie du droit travaille en effet sur les grilles d'analyse du discours juridique, et forge des concepts, qui permettent ensuite à la doctrine de décrire le droit tel qu'il est (en tant que discours) à l'aide de propositions de droit.

Celui qui étudie le droit, par définition, n'a pas un accès direct à des faits sociaux : le propre du droit n'est pas de décrire *ce qui est* mais de prescrire *ce qui doit être*. Le discours contenu dans le droit, la norme, reflète une vision idéale du monde, voulue par l'autorité d'édiction ; et on peut *a priori* imaginer que si cette vision est prescrite, c'est qu'elle n'existe peut-être pas tout à fait dans les faits. Les solidarités familiales du droit (si elles existent pour le juriste) sont les solidarités telles qu'elles devraient être aux yeux de cette autorité d'édiction, et donc différeront très logiquement des solidarités réellement observées dans la société ¹.

Dès lors, se donner pour objet directement ce discours juridique revient à construire une problématique très différente de celles d'autres disciplines qui prennent le droit pour objet d'étude en tant qu'il est un fait social parmi d'autres : l'histoire, la sociologie, etc.

Ces prémisses admises, on peut apporter à la question : *que dit la théorie du droit des solidarités familiales ?*, en première analyse, une réponse simple et brutale : *rien*.

* Ce texte est tiré d'une intervention orale lors d'un séminaire organisé par la CNAF à Paris sur les solidarités familiales le 29 avril 1998. Pour l'essentiel, on lui a conservé sa forme orale.

¹ Sur la manière dont le droit traite de la famille, V. par exemple : E. Millard, *Famille et droit : Retour sur un malentendu*, INFORMATIONS SOCIALES 1999 n° 1/2.

Et préciser : la question des solidarités familiales n'est pas *a priori* une question pertinente de la théorie du droit, qui ne construit pas cet objet.

Deux raisons élémentaires peuvent contribuer à expliquer cette ignorance.

D'abord, le fait qu'on ne sache pas en théorie du droit ce qu'est la *solidarité*. Seuls quelques textes, dont le préambule de la Constitution de 1946, utilisent le terme. Si on s'en tient aux normes, on trouvera plus fréquemment la notion de *fraternité* ; bien que le concept ne soit pas plus parlant, il s'inscrit dans la tradition républicaine². Or dans l'esprit du législateur, la fraternité représente un sentiment (ou une vertu) qui souvent doit s'établir à l'encontre de la famille. Il s'agit d'une solidarité publique, pensée certes comme métaphore de la solidarité familiale, mais qui ne lui laisse plus place puisque la fraternité doit permettre la translation du sentiment solidaire attaché à la famille vers le niveau de la " famille " nationale. La vision républicaine de la solidarité ne renvoie pas à la famille ; on peut risquer au contraire qu'elle s'en éloigne, voire qu'elle s'y oppose.

Ensuite, le fait que le droit positif ne donne aucune définition de cette *famille*. Dans le code civil, on trouve des articles sur la parenté, la filiation, le mariage : beaucoup de choses qui ont à voir avec la famille, mais rien qui soit directement et totalement la famille *stricto sensu*. Pour le droit, la famille est quelque chose de polymorphe, d'évolutif, qu'il traite indirectement et de façon parfois contradictoire : par exemple, la notion de chef de famille, supprimée en droit civil, a longtemps subsisté en droit fiscal.

On peut donc supposer que le concept de " *solidarité familiale* " , pour autant qu'il soit construit ailleurs, n'est pas construit par la théorie du droit. Comment en effet, dès lors qu'on ne peut approcher théoriquement les concepts constitutifs de famille et de solidarité, parvenir à parler de solidarité familiale, ou même s'y essayer ? Et on peut effectivement remarquer que les théoriciens du droit n'ont pas traité des solidarités familiales.

Mais au delà du constat, il est clair que si les théoriciens du droit ne se réfèrent pas à l'objet " solidarités familiales ", cela ne signifie pas nécessairement qu'à leurs yeux ces solidarités familiales n'existent pas. Simplement, on peut penser raisonnablement que la théorie du droit, comme toute démarche scientifique, construit son propre objet, et donc :

- a) que l'objet " *solidarité familiale* " relève d'autres disciplines, alors que la théorie du droit n'a rien de pertinent à dire sur cet objet ; introduire pareil objet extérieur dans l'analyse juridique pourrait à la limite en pervertir la démarche, puisqu'aussi bien il faudrait tenir compte d'un objet préconstruit par et pour d'autres disciplines, n'obéissant pas aux

² V. M. Borgetto, LA NOTION DE FRATERNITÉ EN DROIT PUBLIC FRANÇAIS. LE PASSÉ, LE PRÉSENT ET L'AVENIR DE LA SOLIDARITÉ, LGDJ, 1993. *Adde* : G. Koubi (dir.) : LE PRÉAMBULE DE LA CONSTITUTION DE 1946. ANTINOMIES JURIDIQUES ET CONTRADICTIONS POLITIQUES, PUF, 1996.

mêmes conditions de scientificité. Il s'agirait ici d'une ignorance volontaire du concept, d'un rejet assumé.

b) que la *théorie du droit* ne peut construire (impossibilité théorique) ou n'a pas besoin de construire (posture heuristique) cet objet.

Ces deux propositions explicatives de l'ignorance par la théorie du droit des solidarités familiales ne sont pas exclusives l'une de l'autre. Elles se rejoignent dans la prise en compte de considérations épistémologiques : l'exigence d'originalité et l'exigence de scientificité (la science du droit comme science particulière).

Avançons l'hypothèse que pour les théoriciens du droit, la difficulté à aborder cette notion de solidarité familiale dépend de l'obligation épistémologique d'être à la fois rigoureux en ne se contentant pas de relayer un argument non fondé juridiquement de manière purement idéologique, et original, en constituant la connaissance du droit autrement que par la reproduction de discours sociologiques, historiques, démographiques, etc.

Si on rapporte maintenant ces exigences générales à la question des solidarités familiales, on peut constater qu'elles se déclinent sur deux modes complémentaires.

D'une part, la théorie du droit entretient un rapport nécessaire et complexe avec le droit positif. Elle tend à fournir une grille de lecture de celui-ci afin d'en rendre compte avec exactitude. Alors que le droit positif, défini comme l'ensemble des normes juridiquement valides à un moment donné et en un lieu donné, comme tout objet à décrire, ne fournit pas les éléments nécessaires et suffisants à sa description.

Il y a dans le droit positif — pour la suite de cette étude, le droit français actuel — un désintérêt au moins apparent pour la question des solidarités familiales. On peut tenir que cette question relève davantage en première analyse de l'interrogation pratique et effective (l'analyse sociologique ou économique de phénomènes qualifiés "solidarité familiale" dans la société), ou bien de l'usage politique (revendication, imprécation, etc.), que de la démarche normative. Cela ne signifie en rien que le droit ignore ces solidarités familiales ; cela veut dire qu'il ne les approche ni explicitement, ni même expressément, et qu'au contraire, s'il en traite, c'est au travers d'éléments divers et épars, parmi lesquels on peut alors évidemment noter : le devoir d'aliment, certaines dispositions fiscales sur par exemple les dons manuels, l'héritage, etc.

La théorie du droit, pour en permettre la lecture, traite ces éléments directement comme tels (et donc de manière elle aussi éparse) ; ce qui signifie bien qu'elle ne peut pas ou ne veut pas en traiter globalement en constituant une catégorie générique "solidarité familiale". La question qu'il me faut poser est donc la suivante : à supposer (ce qu'il faudra vérifier) que l'impossibilité d'en traiter ne soit pas théorique, et donc qu'il s'agisse d'un simple rejet

heuristique, comment la théorie du droit devrait-elle procéder pour traiter de ces solidarités ? Comment pourrait-elle réunir et constituer ces éléments divers, ces normes multiples éparses, sous un terme générique, les *solidarités familiales*, qui serait alors son objet d'analyse ? (I)

D'autre part, la théorie du droit rencontre ici la politique du droit, c'est-à-dire pour faire court les grandes tendances qui inspirent l'édiction normative.

Quelle est, sur la longue période, la position du droit : est-il favorable ou défavorable aux solidarités familiales, ou bien s'en désintéresse-t-il ? La question des solidarités familiales ne peut être dissociée dans l'approche de relations politiques majeures : Etat/famille, public/privé, etc.

Pour l'Etat, la famille est d'abord un donné ambivalent : à la fois potentiellement un relais (qui le légitime et le renforce, dans une logique de complémentarité et de subsidiarité, pour les besoins matériels, pour la socialisation de l'individu, particulièrement de l'enfant, par exemple) et un obstacle (qui s'intercale entre la sphère publique et l'individu, rendant difficile la "civilisation" et la citoyenneté). En démocratie, la famille est alors un droit de l'individu, qui se rapporte à l'ensemble de son mode de vivre, comme un éventuel carcan qui peut l'enfermer et le séparer des autres.

La solidarité familiale est indissociable de la prise en compte de telles contradictions ou complexités, parce qu'elle est au cœur de la question de la liberté : comment à la fois laisser ces solidarités jouer librement, et en même temps les encadrer, pour protéger tant l'individu, dans une problématique contre le groupe qui l'enserme, que l'Etat, dans une autre problématique, contre le groupe qui s'insère ? Mais, en même temps, comment légitimer un Etat qui s'attaque à ces solidarités, ou faire durer celui qui s'y oppose (et on voit bien, à cet égard, que l'actualité du thème est aussi liée à un besoin de relégitimer l'Etat, et à un besoin de l'Etat de se renforcer, en s'appuyant sur des solidarités préexistantes, ou en les prescrivant)

Dans une démarche analytique, la solidarité peut être donc l'aspect positif, le relais étatique (la solidarité privée qui complète la solidarité publique), le droit reconnu par l'Etat à la famille : la complémentarité et la subsidiarité construites entre Etat et famille.

Mais dans une démarche réaliste, qui n'exclut pas la première, cette solidarité de principe contribue à renforcer le pôle famille (éventuellement) contre l'Etat. Ce dernier ne peut donc pas, sauf à risquer de renoncer à sa souveraineté, consacrer normativement (comme *devant être*) n'importe quelles formes de solidarité. Ce qui reviendrait à reconnaître la famille explicitement ; et à affaiblir l'Etat. Alors qu'il est en revanche des formes de solidarité qui renforcent l'Etat (en transférant sur la famille, ou en laissant à la famille, ce qui n'est pas sociologiquement ou politiquement identique mais ne change rien pour l'analyse juridique, des charges réputées ou devenues publiques) : à ce titre, une certaine solidarité doit être facilitée.

Cette contradiction, ou plus exactement cette complexité, permet de mieux comprendre pourquoi la solidarité (tout comme la famille d'ailleurs)

n'est pas un objet direct des normes juridiques, tout en étant supposée et conditionnée par elles.

Plus que les solidarités familiales, c'est d'abord cette complexité qui doit être théorisée par les juristes, en déconstruisant le discours normatif, pour en proposer une grille de lecture (II).

1 - Constructions

Puisqu'il est entendu que la théorie du droit ne dit rien sur les solidarités familiales, il faut se demander si elle pourrait dire quelque chose, donc à quelles conditions il lui serait possible de construire un discours pertinent : à quelles conditions les exigences scientifiques de la théorie juridique pourraient se satisfaire de la construction de pareil objet ?

Il faut, je crois, commencer par rappeler qu'existent, pour faire à la fois très simple et très court, deux niveaux de discours indistinctement appelés "droit" dans le langage courant. Ces deux niveaux doivent être très sérieusement distingués, même et surtout s'ils sont parfois pratiqués conjointement par les juristes.

Sans volonté de présentation spatiale ou hiérarchique, on rencontre :

a) *les normes*³ ou "*droit*" *proprement dit*, c'est-à-dire l'ensemble des éléments normatifs (constitution, traités, lois règlements, jugements, contrats, etc.) valides (c'est-à-dire répondant à un certain nombre de conditions matérielles et/ou procédurales posées par une norme supérieure elle-même valide) dans un ordre juridique donné (le droit positif). Cet ensemble constitue l'objet empirique que se propose de décrire la science juridique. A cet effet, par exemple, les dispositions du code civil sur le devoir d'aliment, ou tel jugement relatifs aux relations familiales, sont du droit.

Il est clair ici que celui qui fait le droit est une autorité investie par le système juridique d'un pouvoir normatif (constituant, législateur, juge, etc.), et que la juridicité produite tient à un acte de volonté (la norme comme signification d'une prescription), qui ne peut être appréciée selon des critères de vérité.

b) *la science juridique*, qui décrit cet ensemble de normes, pour en rendre compte dans une perspective scientifique.

C'est ce discours que l'on prend, assez improprement, en compte, quand on dit de l'étudiant ou de la doctrine qu'ils font du droit. Sans pour autant être investis du pouvoir normatif, ils ont simplement le

³ On ignorera, pour ne pas rendre plus compliqué, la distinction norme/acte, en posant que toute norme suppose un acte, et qu'elle peut être désignée par cet acte.

droit pour objet d'étude et n'édicte pas des normes mais établissent simplement des énoncés (propositions de droit) voulant rendre compte des normes. La validité de ce discours n'est donc pas liée au pouvoir que l'ordre juridique donne au locuteur, mais au caractère de vérité dans la description de l'objet du discours.

On peut dire à son tour de cette *science juridique (b)* qu'elle mobilise au moins deux niveaux : le discours dogmatico-doctrinal (constitué par les propositions de droit décrivant scientifiquement l'objet) ; le niveau théorique (objet du métadiscours, qui travaille sur les conditions de validité du discours dogmatico-doctrinal, et qui fournit les outils propres à permettre la construction des propositions de droit ainsi définies).

Ainsi la doctrine produira un énoncé du type : “ en France, le droit impose aux parents de subvenir aux besoins de leurs enfants ” ; cet énoncé (proposition de droit) fera l'objet d'une discussion visant à le vérifier ou à le réfuter, pour dire s'il peut être tenu pour vrai par rapport à l'objet empirique qu'il décrit, le droit français actuel.

Pour avancer, notre question peut désormais être précisée et située : à quel niveau de discours “ *droit* ” intervient la *solidarité familiale* et quelles sont les significations de cette intervention ?

On peut essayer de répondre en deux temps.

D'abord, on peut repartir des constations précédemment faites selon lesquelles il n'existe pas pour la théorie du droit un objet “ solidarités familiales ” *a priori*.

Cela signifie que si cet objet est imposé à la théorie du droit, il ne peut l'être légitimement que par des normes juridiques, donc :

1 - donné d'abord comme tel (explicitement : “ *solidarités familiales* ”) par une autorité normative au niveau de discours *droit visé en a)*.

2 - sans que le fait pour cette autorité de le poser comme tel soit la conséquence logique ou causale de quelque réalité sociale ou intellectuelle que se soit (puisque aussi bien nous avons vu que l'élément normatif au niveau de discours a) n'obéit pas à un critère de vérité) : sans exigence donc de cohérence externe.

3 - mais à condition que cet acte normatif soit valide au regard des conditions posées par l'ordre juridique en question (condition de cohérence interne).

L'analyse que l'on vient de faire des conditions dans lesquelles la théorie du droit se verrait imposer l'existence d'un concept juridique “ solidarité familiale ” montre qu'on ne peut rien déduire, du point de vue de la connaissance du droit, du fait que le droit qualifie quelque chose d'un certain

nom. Donc que l'existence d'un concept normatif dans l'objet à décrire ne s'impose pas comme concept explicatif dans le discours descriptif.

Cela signifie que cet objet "solidarité familiale" que nous donnerait le droit permettrait de connaître bien sûr la force juridique, la validité, etc., attachée à lui (plus exactement : aux actes qui en traitent), sans l'imposer à la science du droit comme une réalité qu'elle doit prendre en compte ⁴. Il n'y a rien d'étonnant à cela, ni de spécifique à l'objet envisagé. On connaît bien en droit l'exemple des lois sur la décentralisation, qui ont prétendu supprimer la tutelle (les lois disposaient ainsi), alors que le fait même pour une loi d'indiquer que la tutelle est supprimée au profit d'un contrôle de légalité *a posteriori* organisé selon des modalités nouvelles que la loi indique traduit le maintien du pouvoir de tutelle ⁵.

On peut donc déduire de ce qui précède que, quel que soit par ailleurs le statut de l'objet "*solidarités familiales*" dans le droit positif, l'objet de connaissance par la science du droit est nécessairement construit par la théorie juridique pour le discours dogmatico-doctrinal.

C'est donc au regard de tout cela que peuvent s'apprécier désormais les postures, éventuelles ou réelles, qu'adopteraient les juristes quant aux solidarités familiales.

Si des juristes, et ils sont nombreux à le faire ⁶, évoquent les solidarités familiales, cela peut signifier l'une des choses suivantes :

1 - qu'il existe dans le droit positif des normes se référant explicitement à ce concept, et que la théorie juridique, au terme d'une analyse critique, juge pertinent de maintenir ce concept et de s'en servir pour la description du droit. Nous avons vu que pour ce qui est du droit positif français, la première partie de l'énoncé n'est pas vérifiée : le droit positif n'utilise pas un tel concept. Cette posture n'est donc pas fondée en l'espèce.

2 - que ces juristes se réfèrent à d'autres systèmes juridiques, soit étrangers (dans le cadre d'une étude de droit comparé), soit passés (dans le cadre d'une étude d'histoire des dispositifs juridiques, des idées juridiques et politiques, etc.). Une telle posture est bien sûr possible. Mais il faut constater qu'elle ne se donne pas l'objet que nous avons

⁴ Entendons : une réalité qui renverrait à autre chose que l'unique fait qu'il existe une ou plusieurs normes juridiques mobilisant explicitement le concept ; une réalité supposant que ce concept se réfère à des solidarités réelles (ou supposant qu'il ne s'y réfère pas).

⁵ V. notamment S. Regourd, *La prétendue suppression de la tutelle*, REV. ADM. 1982 p. 613 et s.

⁶ Il est ici impossible de prétendre à une recension exhaustive, d'autant que la démarche doctrinale juridique cède souvent la place à une démarche relevant davantage de la sociologie du droit, assumée ou non, fondée ou non, et qui ne relève pas de la même grille d'analyse que celle que nous suivons ici (cf. *supra*). Parmi les travaux les plus intéressants, parce que reposant justement sur une interrogation épistémologique permanente et sur une démarche critique, on se référera aux écrits d'E. Serverin, notamment in *La dépendance des personnes âgées*, Sirey, 1997.

défini initialement (décrire le droit positif français) et n'est donc pas dans ce cadre pertinente.

3 - que ces juristes adoptent une attitude que l'on qualifie *De lege feranda* : ces juristes ne décrivent plus un objet d'étude, mais formulent des propositions pour réformer cet objet, soit pour des motifs strictement politiques (il leur semble opportun de consacrer juridiquement les solidarités familiales), soit pour des motifs politico-juridiques (les imperfections qu'ils perçoivent dans le droit positif les incitent à encourager une réforme de celui-ci, pour des raisons par ailleurs variables : efficacité du droit, non contradiction des normes, etc.). L'attitude est courante, et peu critiquable, à condition du moins d'être ouvertement assumée pour ce qu'elle est : un souhait de prescription échappant à la science (même si à l'évidence la connaissance scientifique joue ici à titre de motif et éventuellement de légitimation), et non une description d'un objet empirique. Pour ces raisons, il apparaît évidemment qu'une telle posture échappe là encore à l'entreprise définie au départ, et ne peut être retenue comme posture pertinente.

4 - qu'il n'existe pas dans le droit positif de normes se référant explicitement au concept de solidarité familiale, mais qu'une théorie juridique propose une grille de lecture explicite et conceptualisatrice, dont la réfutation est envisageable, mobilisant l'objet "solidarités familiales". Nous avons vu que ce n'est pas le cas actuellement en théorie du droit. En revanche, cette posture est admissible et, parce qu'elle fait porter l'effort uniquement sur le travail doctrinal, sans supposer ou sans se référer à un objet fourni par le droit positif, elle peut permettre de rechercher à titre prospectif dans quel cadre des théories juridiques pourraient mobiliser les solidarités familiales.

C'est désormais cette quatrième posture que nous adopterons. Deux précisions doivent cependant être apportées avant de poursuivre : d'une part, toute autre posture que celles décrites ci-dessus serait sans objet au regard de la théorie du droit car elle serait non pertinente du point de vue scientifique, donc idéologique (et on pense notamment aux postures qui se référeraient à la valeur présumée des solidarités familiales, dans une démarche de droit naturel) ; d'autre part, les trois premières postures mentionnées, pour être dans le cadre du droit positif français intenable, n'en présupposent pas moins une théorie juridique des solidarités familiales (c'est sa construction ou son application qui posent alors problème, non le fait qu'elle fasse défaut).

II - Lectures

On peut maintenant se demander quelles sont les théories juridiques qui pourraient, sur le fondement de ces précisions épistémologiques, parler de solidarité familiale ? En rappelant que rien dans le droit positif n'oblige ces théories à se positionner par rapport aux solidarités familiales, et que leur validité scientifique ne dépend nullement du fait qu'elle se positionne ou non par rapport à cette question, mais bien de la manière dont cet acte de positionnement ou de non positionnement s'effectue et se justifie.

Il s'agit donc pour moi d'un exercice de prospective pour l'essentiel, à l'intérêt nécessairement limité. J'ai retenu trois grands groupes d'approches théoriques qui peuvent être pris comme types idéaux majeurs des courants structurant la théorie du droit dans le champ familial : il s'agit des théories personnalisantes, des théories fonctionnalistes et des théories institutionnalistes.

a) les thèses personnalisantes⁷.

Pour les juristes, il y a d'une part les sujets de droit (ceux qui peuvent agir par le droit : les individus personnes physiques, les associations, les sociétés, etc.), d'autre part les objets de droit (ce dont le droit parle : une photocopieuse par exemple qui peut faire l'objet d'un contrat mais n'est pas un sujet de droit car cet objet n'a pas de patrimoine, pas de volonté...). C'est le droit qui définit ce qu'est un objet et un sujet : ce n'est pas le fait d'avoir une volonté psychologique qui fait que l'on est nécessairement sujet de droit (souvenons-nous que le droit a pu techniquement exclure l'esclave de l'ordre des sujets de droit) et rien ne s'oppose à ce qu'un objet non vivant puisse se voir attribuer des organes et des procédures aptes à le faire agir comme sujet (on pourrait dire que tel est le cas de l'Etat, d'une fondation, etc.).

Pour les juristes qui, majoritairement dans la doctrine française, se réclament d'un courant subjectiviste, l'important est que tous les individus soient reconnus comme des personnes juridiques, condition de l'égalité des droits. La philosophie de l'individualisme a marqué le droit moderne depuis la Révolution et les premiers grands textes de 1789-91, pour remettre en cause l'existence juridique des groupes : la loi Le Chapelier a notamment exclu pour plus d'un siècle le collectif non économique de l'ordre des sujets juridiques possibles. Tout ce qui est entre l'Etat et l'individu, reconnu désormais pleinement comme une personne et titulaire de droits, est suspect de jouer contre l'Etat, ou contre l'individu, et le droit rechigne à le consacrer : il faut attendre 1901, et la loi sur la liberté d'association, pour voir la tendance s'infléchir ; encore cette inflexion ne concerne pas tous les groupes envisageables, et fonctionne-t-elle sur la logique initiale qui est celle du démembrement de la personne publique (collectivités locales, établissements

⁷ V. de manière générale : F. Linditch, LA PERSONNALITÉ MORALE EN DROIT ADMINISTRATIF, LGDJ, 1996, et E. Millard, FAMILLE ET DROIT PUBLIC. RECHERCHES SUR LA CONSTRUCTION D'UN OBJET JURIDIQUE, LGDJ, 1995, spéc. pp. 27-69 ; *adde* : E. Millard, LES DÉBATS AUTOUR DE LA PERSONNALISATION JURIDIQUE DE LA FAMILLE, à paraître CEDIAS/UNAF, 1999.

publics) ou de la manifestation de volonté reconnue valide (adhésion, etc.) des membres du collectif (associations, syndicats, sociétés, etc.).

Selon cette conception, la famille n'est pas une personne juridique, donc n'est pas un sujet de droit. Or certains partisans du subjectivisme estiment qu'il est peut-être non justifié de considérer sur ce fondement que la famille n'est pas un sujet de droit. Des éléments politiques ont été avancés (et seulement politiques car aucun élément juridique ne peut ici emporter l'adhésion dans un sens ou un autre ⁸). La famille est une des bases de la société, un lieu de solidarité : elle doit donc être considérée comme une personne morale au même titre que les associations, la société commerciale, etc.

Ces revendications génèrent plusieurs logiques.

La première semble liée à l'idée d'un patrimoine familial : si la famille était une personne morale, cela permettrait de faire gérer par la personne morale famille, donc par des organes qui restent à déterminer par l'autorité juridique pour agir au nom de cette personne, le patrimoine familial ; la solidarité économique pourrait être traduite ainsi, et certains faits collectifs, comme les souvenirs de famille que les juristes ont du mal à intégrer théoriquement dans la dichotomie sujet individuel/objet collectif, se verraient offrir un fondement évident.

On a donc ici une première lecture technico-politique, pour laquelle la personnalisation permet de traduire effectivement dans le droit un modèle de solidarité posé en tant que tel comme souhaitable. Ce serait ici l'intérêt politique apporté à la solidarité qui pourrait commander la personnalisation. Et qui commanderait par conséquent le degré plus ou moins large de son admission et de son organisation, puisque l'objectif de solidarité serait assigné au recours à la personnalité juridique : par exemple, un collectif juridiquement limité à la gestion des biens pourrait être jugé suffisant, sans impliquer toutes les conséquences d'un collectif pleinement reconnu.

Mais une seconde lecture partirait d'une logique autre : la famille doit être une personne morale parce qu'elle le mérite ; et elle le mérite car elle remplit des fonctions de solidarité. En reconnaissant la personne, on délimiterait un champ juridique spécifique qui appellerait automatiquement des relations réciproques entre les membres de la famille et qui donc générerait des solidarités familiales. Faire partie de la famille ferait jouer directement la solidarité sans être obligé de montrer les liens d'individus à individus. Ici, la solidarité est une valeur ou un fait supposés attaché à la famille, dont il n'y a pas lieu de se préoccuper spécifiquement. La famille est valorisée *per se* comme facteur de solidarité. La reconnaître immédiatement comme personne entraîne *de facto* l'organisation juridique de la solidarité.

⁸ Cf. E. Millard, LES DÉBATS AUTOUR DE LA PERSONNALISATION JURIDIQUE DE LA FAMILLE, *op. cit.*

La première logique part de la solidarité et mobilise la personne morale famille pour la solidarité ; la seconde part du fait familial et trouve la solidarité comme conséquence de sa personnalisation. Leurs philosophies diffèrent du tout au tout. Cependant, malgré cela, une question, plus ou moins occultée par chacune de ces logiques, ne peut être durablement ignorée dans l'une et l'autre hypothèse : si la famille est une personne morale — que cela soit l'objectif ou le moyen —, elle ne peut agir seule ; cela suppose qu'il y ait quelqu'un qui agisse au nom de la famille, et cela va donc conduire à devoir affronter pour mettre en oeuvre la personnalisation diverses questions comme celles de l'autorité dans le groupe, de l'organisation et du contrôle des pouvoirs. Toutes choses qui ramènent sur un terrain tout à fait politique, celui de la définition de la famille (légitime, légale, monoparentale, homosexuelle, etc.), que le droit et la doctrine semblent avoir essayé d'évacuer depuis une trentaine d'années (qu'ils y soient parvenu, ou même que cela soit possible, est une autre question). Quelle que soit la motivation de la thèse personnalisante, on ne peut, dès lors que c'est la personne famille qui présuppose ou sert de vecteur à la solidarité familiale, permettre l'économie d'une théorie politique de la famille, que les juristes ne trouvent pas toujours possible ou opportun de formuler.

Pour cette raison sans doute, ces thèses peuvent apparaître dépassées désormais. Elles paraissent en effet devoir renvoyer à une époque révolue, allant du courant du XIX^{ème} siècle (d'abord dans une logique contre-révolutionnaire, puis dans une perspective sociale), aux années soixante, avec une place particulière pour Vichy (encore que la thèse en elle même ne soit pas nécessairement une thèse d'extrême droite, et qu'elle ait été défendue par des juristes auxquels on ne saurait adresser ce grief). Le thème disparaît peu à peu du débat avec le passage d'une conception formelle de la famille (la famille légitime, c'est-à-dire en réalité la famille légale créée par le mariage) à une conception fonctionnelle liée aux évolutions juridiques (dans laquelle il n'y a plus un modèle unique de famille prescrit, car c'est la relation familiale, la vie familiale, qui compte, contribuant notamment à la disparition de la notion de chef de famille).

Il ne faut cependant pas négliger ces thèses, même si elles ne sont plus directement ou du moins massivement d'actualité : elles permettent de comprendre des approches dominantes dans le droit de la famille contemporain, comme celle du non-droit formulée par le doyen Carbonnier. Le rejet des thèses personnalisantes a conduit en effet à dire, en application de la dichotomie précitée, que si la famille ne peut être un sujet de droit, c'est qu'elle est nécessairement un objet de droit. La famille est ainsi perçue comme quelque chose dont le droit parle éventuellement, mais quelque chose qu'il ne consacre pas. Etant un objet, elle va devenir un lieu de vie théorisé, de manière à mon sens contestable, sous l'idée de non-droit ⁹. Et des juristes vont dire que

⁹ Sur la théorisation du doyen Carbonnier, V. notamment FLEXIBLE DROIT, LGDJ ; 1983 ; et pour une rapide critique, E. Millard, FAMILLE ET DROIT PUBLIC, *op. cit.*, p. 95 et s.

les solidarités familiales, qui ont trait à la famille, ont ainsi trait à un non-droit : partant, elles n'ont pas à être approchées par la théorie du droit.

b - Les théories fonctionnalistes

Les théories fonctionnalistes refusent l'idée de non-droit, et son corollaire qu'il puisse y avoir des relations entre individus, comme les relations que l'on pourrait appeler relations de solidarité familiale entre parents et enfants, ou entre diverses générations, qui échappent au droit. L'objectif de ces théories, ou du moins leurs conséquences puisque, comme on l'a dit, elles ne prennent pas immédiatement les solidarités familiales pour objet, est de permettre un nouveau modèle interprétatif, dans une approche strictement individualiste, qui s'abstienne de rechercher, ou de chercher à décrire, une personnalisation du groupe, et qui retrouve la dimension collective en partant des prérogatives de la personne juridique physique.

Il est possible de limiter les prérogatives juridiques des individus en considérant que ces droits constituent des fonctions. Ce n'est pas là une thèse nouvelle, puisqu'elle a eu un relatif succès depuis les années trente, notamment en droit social. L'analyse classique que les juristes font du code civil considère qu'un droit consacré est un droit d'usage absolu (le modèle est alors le droit de propriété), qui ne peut être limité que par le droit lui-même (telle disposition qui en fixe les conditions légales), ou éventuellement par l'usage non raisonnable qui en est fait dans le cadre de l'abus de droit que le juge relèverait. Comme on le voit, la consécration d'un droit suppose donc, sauf ces deux hypothèses dont l'une (abus) est sémantiquement désignée comme extrême, que la personne qui en est investie l'utilise comme elle le souhaite. Le chef d'entreprise, disposant du droit de propriété, serait libre d'arrêter son activité même si pour retirer sa plus-value par exemple un millier de ses employés se retrouvaient au chômage.

Contre les effets socialement néfastes de cette conception, il a fallu par exemple que le législateur intervienne pour dire qu'on ne ferme pas une entreprise n'importe comment, que les contrats de travail peuvent subsister, etc. La doctrine retrouve donc, soit dans ces interventions du législateur qui conditionnent directement et ouvertement l'usage du droit, soit dans les techniques d'interprétation du droit positif que mobilisent les autorités juridiques habilitées (en premier lieu les juges), soit enfin et surtout pour la lecture théorique dans la conjonction de ces dispositifs et des interprétations, une dimension collective : l'entreprise, la famille, etc.

En matière de droit de la famille, un premier élément de fonctionnalisation réside dans la notion d'*intérêt de la famille* relayée dans les années quatre-vingts par celle de l'*intérêt de l'enfant*. On peut avec ces notions faire apparaître les solidarités familiales, c'est-à-dire imaginer une grille de lecture qui permettrait de voir les solidarités familiales dans l'usage que les individus composant la famille font de leurs droits respectifs, et dans la

soumission de la validité juridique de cet usage au respect ou à la réalisation de ces solidarités. On dira alors que dans une relation familiale, les individus ne peuvent pas utiliser n'importe comment leurs prérogatives et que l'usage de ces prérogatives pourra être contrôlé par rapport à l'intérêt du groupe, ou par rapport à l'intérêt des autres individus du groupe.

Cette théorie est susceptible d'appréciations diverses :

En premier lieu il est incontestable qu'il y a dans le droit positif des réceptions partielles de cette inspiration. On voit effectivement des lois ou des jugements qui vont dans ce sens, et ce que l'on appelle le devoir d'aliment illustre parfaitement cette technique : vous ne pouvez pas utiliser vos biens et avoirs, quoi qu'étant propriétaires, donc disposant *a priori* d'un pouvoir absolu sur ces biens et avoirs, de telle manière que vous vous soustrayez à l'obligation de subvenir aux besoins d'individus à qui vous êtes apparentés et qui seraient légitimement en situation de précarité ; c'est-à-dire que la solidarité familiale ici est une obligation qui prime sur votre liberté. C'est donc une fonctionnalisation du droit de propriété.

Toutefois, en second lieu, il faut observer que la réception n'est pas totale. Par exemple, cette solidarité fait naître une dette, mais n'aura pas nécessairement d'autres effets juridiques (annulation d'un contrat, etc.). Et surtout, de nombreuses choses qui pourraient concerner les solidarités familiales n'ont pas d'effet en droit positif, et on est souvent obligé de revenir à la vieille notion d'abus de droit quand par exemple des parents dépensent toute leur fortune pour empêcher les enfants d'avoir un héritage, ou sans se soucier de ceux-ci. A cet égard, l'idée de fonctionnalisation est bien un outil théorique de lecture davantage qu'une technique cohérente et effective de prescription.

Surtout, on doit relever qu'une telle théorie s'adapte parfaitement au discours officiel du droit, à sa logique, et, cela étant paradoxal, contrairement à ce que semblent indiquer les normes étudiées. Celles-ci ne parlent pas de famille mais parlent simplement de l'individu ; elles ne traitent que de droits entre individus. Une théorie fonctionnaliste a le mérite de permettre la réintroduction des solidarités familiales à partir des individus, dans une logique individuelle qui n'a pas à se soucier de la dimension famille (sauf bien sûr à définir un cadre, mais une telle définition n'a pas à être *a priori* et peut résulter d'une interprétation des simples situations dans lesquelles des individus sont juridiquement tenus de conditionner l'usage de leur droit à l'appartenance à un collectif familial). Cette adaptation ne permet pas d'établir qu'une telle théorie est ou non valide ; mais ce caractère quasi-officiel, qui ne suppose pas une déconstruction, et semble devoir se parer des vertus du positivisme, la rend évidemment récurrente dans le discours théorique des juristes sur la famille, pour lesquels elle devient évidente et paradigmatique, permettant la plus grande souplesse. Notons simplement qu'à cet égard, la notion de solidarité familiale ainsi définie tend à se fondre dans un ensemble de notions plus larges regroupant toutes les fonctions familiales : fonctions parentales, fonctions économiques, etc.

c - Les théories institutionnalistes

Les théories institutionnalistes ne présentent sans doute pas la même unité que les deux théories précédentes. Elles relèvent en fait d'une autre approche, qui, à certaines conditions, pourrait très bien se satisfaire de l'une ou de l'autre des théories déjà envisagées. Notamment, elles peuvent s'accorder avec l'approche fonctionnaliste pour décrire les mécanismes de construction du collectif par orientation des prérogatives individuelles. Elles entendent parfois aller un peu plus loin, au risque de soulever une interrogation épistémologique d'une autre envergure (qu'il n'est pas ici question de résoudre), en s'efforçant de déconstruire le discours officiel des normes, c'est-à-dire ici le discours fonctionnaliste.

On n'en vient alors à considérer non que l'Etat est pleinement souverain et décide en dernière instance (ce qui est l'axiome de départ des théories fonctionnalistes, notamment dans l'identification du droit et de l'Etat qu'elles supposent nécessairement), mais que l'Etat veut être souverain et doit à chaque moment affirmer sa souveraineté, notamment en générant un droit.

L'Etat va s'appuyer alors sur la dimension idéologique du droit (qui se conjugue à la fois avec une nature impérativo-répressive du droit, et avec d'autres éléments idéologiques publics), et se servir des énoncés normatifs non plus seulement pour organiser les choses, ou pour fournir une référence en cas de conflit, mais aussi pour générer véritablement des valeurs, qui vont faire passer le côté positif des solidarités familiales : celui qui va permettre à l'Etat de s'appuyer sur un réseau de familles, pour assurer sa souveraineté, et occultera, dévalorisera, tous les dangers potentiels de la solidarité familiale.

Par conséquent, on insiste sur l'analyse de l'outil idéologique que constitue le recours aux solidarités familiales dans le droit, ou plus exactement, en ce qui concerne le droit français actuel, que constitue le silence sur les solidarités familiales. On s'attache, après la description des mécanismes de fonctionnalisation, à la raison qui fait que les normes ne parlent pas de famille ou de solidarité familiale.

Le constat de départ réside bien dans le fait que le droit est muet sur la famille et les solidarités familiales, alors que cela existe dans les faits (pour les sociologues, économistes, historiens, et il y a une difficulté épistémologique pour un juriste à partir d'un tel constat). Le droit est théorisé comme un discours légitimant, dont un des objectifs est de nier l'existence de la famille au niveau des normes, afin de ne pas risquer de voir la famille constituer ce contre-pouvoir à l'Etat, afin de nier qu'existe un autre collectif (englobant les individus) que l'Etat (la totalité juridique dans cette conception), ou que ses démembrements (les diverses collectivités publiques), ou enfin que les

associations, sociétés (les agrégats volontaires admis par l'Etat à partir d'une manifestation de volonté de leurs membres).

Les théories institutionnalistes peuvent alors essayer de montrer que ce travail normatif est toujours à reconstruire parce que la famille existe et a toujours existé, et qu'elle joue de toute façon contre l'Etat. Elles prennent en compte non pas un discours officiel du droit, mais le droit dans une logique dialectique. Ceci permet à ces théories de laisser place dans l'analyse juridique aux solidarités familiales, à la fois comme objet existant réellement (au moins pour la famille), et comme objet d'un statut normatif (pour l'Etat) qui peut s'en éloigner en apparence.

Certaines théories institutionnalistes supposent ainsi qu'il n'y a pas forcément de différence de niveau théorique entre l'Etat et la famille du point de vue structurel. Il s'agit de groupes du même type qui fédèrent les individus autour d'une idée : d'un côté l'identité familiale, peut-être, ou encore un projet de vie, ou encore autre chose qui varie assurément avec chacune des familles réelles ; de l'autre un certain projet politique (la nation, etc.). Cette idée, qui est à la fois à l'origine du groupe, et que le groupe doit réaliser, va entraîner, pour se rapprocher de Cl. Martin, un modèle d'obligation auto-construit lié à la durée : pour que le groupe dure (donc serve l'idée), pour que la famille ou l'Etat ne se disloquent pas, il faut que le groupe s'auto-régule, que le groupe devienne solidaire. Certes, la différence de taille, d'idée fondatrice, de moyens de régulation (quelque part tout de même, il faut tenir compte de la spécificité juridique qui a trait d'une manière ou d'une autre à l'Etat) doit nous conduire à rester prudent dans l'analogie. Mais il y a analogie, au moins dans la théorie de la structure.

La solidarité ici ne veut pas dire nécessairement spontanéité : la solidarité peut-être imposée pour la réalisation de l'idée ; on l'imagine bien s'agissant des impôts ; on peut le percevoir aussi dans des choix de vie familiaux. Le concept renvoie à une pluralité de significations, susceptibles elles-mêmes d'une pluralité de valeurs.

La question qui apparaît la plus importante dans ce type d'analyse tient au fait de la pluriappartenance du même individu à différents groupes : différentes familles, famille et nation, etc. Ce qui laisse supposer conflit et hiérarchie, et permet de concevoir la fonction du droit en l'espèce comme une fonction servant à établir cette hiérarchie pour diriger le conflit. On voit alors comment on peut lire la logique officielle du droit dans ce rapport : un moyen pour une institution prétendant à la souveraineté de prescrire des solidarités familiales selon une approche politique qu'elle entend maîtriser.

Pour la souveraineté de l'Etat, il est clair que les solidarités publiques nécessaires à l'Etat doivent s'imposer. Les solidarités familiales ne peuvent ainsi juridiquement pas contredire la solidarité publique. Pour cette raison, il y a l'établissement d'une hiérarchie, et le droit fait que la force étatique tente

d'empêcher la solidarité familiale de jouer dans les hypothèses où elle remettrait en cause la puissance étatique, en tous les cas s'abstient de la prescrire, et la combat. Cela justifie les contrôles sociaux sur les familles, et explique qu'on ne parle pas directement de solidarité familiale ou de famille. Car le faire reviendrait à tout envisager sous un concept normatif et obligatoire, et à rendre présentes les deux faces de la solidarité familiale : les devoirs d'aliment, mais aussi la possibilité de s'opposer à l'Etat sous prétexte qu'on est dans le domaine de l'intime.

La solidarité familiale est ainsi construite par les familles (ou non construite) : c'est le fait social, ce qui *est* d'une part ; et d'autre part ensuite reconstruite normativement par l'Etat : c'est ce qui *doit être* et dont on sait intuitivement qu'il n'est pas exactement. Cette reconstruction est bien sûr prescription ; elle est aussi l'habilitation du contrôle de ce qui est (pour vérifier si ce qui est correspond à ce qui doit être). C'est le côté positif des solidarités, que l'on retrouve dans la logique de la fonctionnalisation (excluant le côté potentiellement dangereux, négatif pour l'Etat, de la personnalisation).

Ce jeu dialectique permet ainsi pour la science en retour de déconstruire le discours juridique afin de montrer qu'il y a, ou plutôt qu'il y aurait (car cela demanderait d'être davantage étayé), place pour une analyse en théorie du droit des solidarités familiales, et que ces solidarités familiales, pour la théorie du droit, résulteraient de la prise en compte conjointe de deux choses différentes : ce qui est constaté et ce qui est prescrit. Ceci est évidemment très prospectif et suppose de voir comment tout cela peut constituer un objet de connaissance scientifique.

Toutefois, on peut d'ores et déjà dire du point de vue de l'intelligibilité de la famille, ces théories juridiques contribuent à deux choses:

1 - d'abord, elles permettent de comprendre les évolutions et les permanences de la famille dans les énoncés juridiques, contre l'idée répandue et contestable selon laquelle pendant des années le droit a prescrit un modèle de la famille, et s'en désintéresse depuis trente ans. Le droit ne se désintéresse pas du tout de la famille et de ce qui s'y passe, et au contraire il n'a jamais autant parlé de la famille que depuis 20 ou 30 ans. Mais il ne livre pas un modèle de la famille unique. Si vous voulez savoir où est la famille pour le droit, il faut arrêter de regarder tour à tour et isolément la loi sur la famille, le code de la famille, le projet sur le Pacs, en pensant chaque fois trouver une réponse cohérente, explicite et complète. Il faut étudier tous les dispositifs pouvant traiter de cet objet pour essayer de comprendre. En faisant le tour des dispositifs normatifs, le théoricien du droit peut dire ce que dans leur ensemble ils signifient sur la famille. Donc identifier la question dans le droit. On pourra trouver que c'est peu. C'est en tout cas un préalable indispensable et il est permis de s'interroger sur la validité d'un discours doctrinal qui ferait l'économie de cette identification.

2 - Ensuite, elles permettent de modéliser les manières dont on peut avoir un discours sur le droit qui soit un discours non idéologique. Et on sait

qu'en matière de droit de la famille, les enjeux de société, de culture, etc. sont tels que le discours est rarement non politique et que tout ceci constitue une vraie question. Une question à laquelle on doit répondre avant de prétendre traiter des solidarités familiales.

Eric Millard

*Professeur à l'Université de Perpignan
Membre de l'Institut universitaire de France*